



## Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta)

de 5 de diciembre de 2013\*

«Contratos públicos — Procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación — Posibilidad de que la entidad adjudicadora negocie ofertas no conformes a los requisitos imperativos de las especificaciones técnicas indicados en el pliego de condiciones del contrato»

En el asunto C-561/12,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la Riigikohus (Estonia), mediante resolución de 23 de noviembre de 2012, recibida en el Tribunal de Justicia el 5 de diciembre de 2012, en el procedimiento entre

**Nordecon AS,**

**Ramboll Eesti AS**

y

**Rahandusministeerium,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. L. Bay Larsen (Ponente), Presidente de Sala, y los Sres. M. Safjan y J. Malenovský, la Sra. A. Prechal y el Sr. S. Rodin, Jueces;

Abogado General: Sr. N. Wahl;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Nordecon AS, por el Sr. A. Ots;
- en nombre del Gobierno estonio, por las Sras. M. Linntam y N. Grünberg, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno checo, por los Sres. M. Smolek y T. Müller, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno español, por el Sr. A. Rubio González, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión Europea, por el Sr. A. Tokár y la Sra. L. Naaber-Kivisoo, en calidad de agentes;

\* Lengua de procedimiento: estonio.

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

### **Sentencia**

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 30, apartado 2, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114).
- 2 Esta petición se presentó en el marco de un litigio entre, por un lado, Nordecon AS, sucesora de Nordecon Infra AS (en lo sucesivo, «Nordecon»), y Ramboll Eesti AS (en lo sucesivo «Ramboll Eesti»), y por otro lado, el Rahandusministeerium (Ministerio de Hacienda), en relación con la anulación de un procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación para la adjudicación de un contrato público.

### **Marco jurídico**

#### *Derecho de la Unión*

- 3 El artículo 1, apartado 11, letra d), de la Directiva 2004/18 dispone:  
«“Procedimientos negociados” son los procedimientos en los que los poderes adjudicadores consultan con los operadores económicos de su elección y negocian las condiciones del contrato con uno o varios de ellos.»
- 4 El artículo 2 de dicha Directiva, titulado «Principios de adjudicación de contratos», establece:  
«Los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia.»
- 5 El artículo 23 de esta Directiva, titulado «Especificaciones técnicas», establece en sus apartados 1 y 2:  
«1. Las especificaciones técnicas definidas en el punto 1 del anexo VI figurarán en la documentación del contrato, como los anuncios de licitación, el pliego de condiciones o los documentos complementarios. [...]  
2. Las especificaciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores y no tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.»
- 6 El artículo 24 de la misma Directiva, titulado «Variantes», dispone en sus apartados 1 a 4:  
«1. Cuando el criterio de adjudicación del contrato sea el de la oferta económicamente más ventajosa, los poderes adjudicadores podrán autorizar a los licitadores a presentar variantes.  
2. Los poderes adjudicadores indicarán en el anuncio de licitación si autorizan o no autorizan las variantes; en caso de que falte dicha mención, las variantes no estarán autorizadas.»

3. Los poderes adjudicadores que autoricen las variantes mencionarán en el pliego de condiciones los requisitos mínimos que deberán cumplir las variantes, así como las modalidades de su presentación.

4. Sólo se tomarán en consideración las variantes que cumplan los requisitos mínimos exigidos.

[...]»

7 El artículo 30 de la Directiva 2004/18, titulado «Casos que justifican el recurso al procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación», dispone en sus apartados 1 a 3:

«1. Los poderes adjudicadores podrán adjudicar contratos públicos por procedimiento negociado, previa publicación de un anuncio de licitación, en los casos siguientes:

a) cuando se presenten ofertas irregulares o cuando las ofertas presentadas resulten inaceptables en relación con las disposiciones nacionales compatibles con lo dispuesto en los artículos 4, 24, 25 y 27 y en el capítulo VII en respuesta a un procedimiento abierto o restringido o a un diálogo competitivo, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones iniciales del contrato;

[...]

b) en casos excepcionales, cuando se trate de contratos de obras, de suministro o de servicios que, por sus características o por los riesgos que entrañen, no permitan fijar previa y globalmente los precios;

c) en el ámbito de los servicios, en particular en el sentido de la categoría 6 del anexo II A, y para las prestaciones intelectuales, como la elaboración del proyecto de una obra, en la medida en que las características de la prestación sean tales que no se puedan establecer las condiciones del contrato con la precisión necesaria para su adjudicación seleccionando la mejor oferta con arreglo a las normas que rigen los procedimientos abiertos o restringidos;

[...]

2. En los casos previstos en el apartado 1, los poderes adjudicadores negociarán con los licitadores las ofertas que éstos hayan presentado para adaptarlas a los requisitos indicados en el anuncio de licitación, en el pliego de condiciones y en los posibles documentos complementarios, con vistas a encontrar la mejor oferta de conformidad con el apartado 1 del artículo 53.

3. Durante la negociación, los poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban igual trato. En particular no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto.»

#### *Derecho estonio*

8 El artículo 27, apartado 1, de la riigihangete seadus (Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; en lo sucesivo, «RHS») dispone:

«Se entenderá por procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación aquel procedimiento de adjudicación de contratos en el que cualquier interesado pueda presentar una solicitud de participación y la entidad adjudicadora convoque a presentar propuestas a un mínimo de tres solicitantes, seleccionados con arreglo a criterios objetivos y no discriminatorios, y negocie con ellos las ofertas para adaptarlas a los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y seleccionar la oferta que resulte adjudicataria.»

9 El artículo 31, apartado 5, de la RHS dispone:

«Cuando la entidad adjudicadora adjudique el contrato al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa y el anuncio de licitación contemple la posibilidad de presentar soluciones alternativas además de las soluciones que reúnan todos los requisitos establecidos en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones, dicha entidad indicará en el pliego de condiciones los requisitos que han de cumplir las soluciones alternativas y los requisitos exigidos para la presentación de éstas.»

10 A tenor del artículo 52, apartado 1, de la RHS:

«La entidad adjudicadora evaluará las soluciones alternativas cuando adjudique el contrato al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa y en el anuncio de licitación hubiese autorizado la presentación de soluciones alternativas.»

11 El artículo 67, apartado 1, de la RHS dispone:

«Salvo en el supuesto previsto en el artículo 65, apartado 4, de la presente Ley, la entidad adjudicadora abrirá todas las ofertas y negociará con los licitadores las ofertas presentadas por éstos para adaptarlas, en caso de necesidad, a los requisitos indicados en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones y seleccionar la oferta que resulte adjudicataria.»

### **Litigio principal y cuestiones prejudiciales**

12 El 25 de septiembre de 2008 el Maanteeamet (Autoridad de carreteras) convocó un procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación titulado «Concepción y construcción del tramo de carretera Aruvalla-Kose de la E263».

13 En los puntos 4.3.1 y 4.7.1 del anexo III al pliego de condiciones del contrato controvertido en el litigio principal se estipulaba que la mediana de dicho tramo de carretera debía tener 13,5 m de ancho desde el kilómetro 26,6 al kilómetro 32 y 6 m de ancho desde el kilómetro 32 al kilómetro 40.

14 El 20 de enero de 2010 el Maanteeamet declaró que las cuatro ofertas presentadas, a saber, las de los consorcios Lemminkäinen y Merko, la oferta conjunta de Ehitusfirma Rand ja Tuulberg AS, Binders SIA e Insenerbuve SIA, y la del consorcio Nordecon, integrado por Nordecon Infra AS y Ramboll Eesti, eran admisibles, a pesar de que la oferta de este último consorcio preveía una mediana de 6 m de ancho a lo largo de todo el tramo de carretera en cuestión.

15 Durante las negociaciones posteriores a la presentación de estas ofertas el Maanteeamet propuso a los licitadores distintos del consorcio Nordecon mediante escrito de 26 de abril de 2010, que modificasen el ancho de la mediana que figuraba en las ofertas iniciales y que lo fijasen en 6 metros a lo largo de todo el tramo de carretera en cuestión, como había propuesto el consorcio Nordecon. A raíz de las negociaciones con todos los licitadores éstos presentaron sus ofertas el 27 de mayo de 2010, fecha fijada por la entidad adjudicadora, habiendo corregido el precio en atención a la modificación solicitada.

16 Mediante dos resoluciones de 10 de junio de 2010 el Maanteeamet declaró que todas las ofertas eran admisibles y seleccionó la oferta del consorcio Lemminkäinen, que era aquella con el precio más bajo.

17 El 21 de julio de 2010, a raíz del recurso interpuesto por Nordecon Infra AS, la Comisión de recursos del Rahandusministeerium anuló dichas resoluciones por considerar que en un procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación, la entidad adjudicadora no podía negociar elementos que respondiesen a los requisitos establecidos de manera clara y precisa en los documentos

de base del contrato, como eran los relativos al ancho de la mediana. El 27 de septiembre de 2010, el Director General del Maanteeamet rechazó la oferta conjunta del consorcio Lemminkäinen y seleccionó la del consorcio Nordecon, puesto que esta oferta era la del precio más bajo, después de la del primero de estos consorcios.

- 18 A raíz del recurso de anulación interpuesto por el consorcio Merko, el Rahandusministeerium anuló el procedimiento de adjudicación del contrato controvertido en el litigio principal mediante resolución de 26 de octubre de 2010 por considerar, en particular, que la entidad adjudicadora había admitido ilícitamente la oferta del consorcio Nordecon y había adjudicado a éste el contrato, siendo así que dicha oferta incluía una solución alternativa no permitida por el anuncio de licitación y que la negociación iniciada por la entidad adjudicadora no podía versar sobre elementos que respondiesen a los requisitos formulados clara e inequívocamente en los documentos de base, como eran los relativos al ancho de la mediana del tramo de carretera en cuestión.
- 19 Nordecon, quien entre tanto se había subrogado en los derechos de Nordecon Infra AS, y Ramboll Eesti, interpusieron recurso contra esta resolución ante el Tallinna Halduskohus (Tribunal de lo contencioso-administrativo de Tallin), quien lo desestimó mediante sentencia de 2 de marzo de 2011. Según este órgano jurisdiccional, la oferta de las demandantes en el litigio principal debería haber sido rechazada puesto que, contraviniendo los artículos 31, apartado 5, y 52 de la RHS, el anuncio de licitación de que se trata no preveía la posibilidad de presentar soluciones alternativas ni estipulaba que el contrato hubiera de atribuirse al licitador que presentase la oferta económicamente más ventajosa, sino que disponía que debería tomarse en consideración el precio más bajo. Asimismo, declaró que en el marco de un procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación sólo podían negociarse aspectos que no se hubiesen precisado en el momento de la presentación de la oferta o que no estuvieran recogidos en la documentación del contrato.
- 20 Estas dos sociedades interpusieron recurso de apelación de la sentencia dictada en primera instancia ante la Tallinna Ringkonnakohus (Tribunal de Apelación de Tallin). Mediante sentencia de 21 de diciembre de 2011, éste último órgano jurisdiccional confirmó aquella sentencia.
- 21 En lo que atañe al punto 8.1 del pliego de condiciones del contrato controvertido en el litigio principal, mediante el que el Maanteeamet había autorizado soluciones alternativas salvo para la construcción de la calzada de una carretera principal (en particular de las rampas), la Tallinna Ringkonnakohus declaró que el anuncio de licitación no había previsto ni la posibilidad de presentar soluciones alternativas ni la atribución del contrato al licitador que hubiese presentado la oferta económicamente más ventajosa. Por tanto, consideró que el Maanteeamet había infringido los artículos 31, apartado 5, y 52, apartado 1, de la RHS al autorizar la presentación de soluciones alternativas. Así pues, consideró que debería haberse rechazado la oferta inicial de las demandantes en el litigio principal.
- 22 Nordecon y Ramboll Eesti interpusieron un recurso de casación ante la Riigikohus (Tribunal Supremo), mediante el que solicitaron la anulación de la sentencia de la Tallinna Ringkonnakohus, la adopción de una nueva resolución y la declaración de la ilicitud de la resolución del Rahandusministeerium de 26 de octubre de 2010.
- 23 Según el órgano jurisdiccional remitente, no se rebate que el anuncio de licitación no permitía la presentación de soluciones alternativas y que la apreciación de las ofertas no se basaba en el criterio de la oferta económicamente más ventajosa.
- 24 A la vez que admite que en el marco de un procedimiento negociado con publicación de un anuncio de licitación puede permitirse la negociación, cuando menos parcialmente, de cuestiones relativas a los requisitos a los que se supedita la atribución del contrato, sin que pueda contemplarse la posibilidad de recurrir a soluciones alternativas, el órgano jurisdiccional remitente se plantea la

cuestión de si la entidad adjudicadora también puede negociar en el caso de ofertas no conformes a las exigencias imperativas del pliego de condiciones y si las negociaciones iniciadas deben, cuando menos, tener como resultado que la oferta seleccionada sea conforme a dichas exigencias imperativas.

- 25 A este respecto, señala que el artículo 30, apartado 2, de la Directiva 2004/18 deja sin resolver la cuestión de si, durante tales negociaciones las ofertas pueden adaptarse igualmente a las exigencias imperativas de las especificaciones técnicas. Si es posible llevar a cabo tal adaptación, se pregunta si también es posible negociar sobre la base de ofertas que, en su forma inicial, no respondían plenamente a dichas exigencias imperativas. Según el órgano jurisdiccional remitente, esta Directiva tampoco responde claramente a la cuestión de si la adaptación resultante de una negociación debe tener como resultado la plena conformidad de las ofertas a las especificaciones técnicas y de si la entidad adjudicadora puede igualmente modificar las especificaciones técnicas para lograr dicha conformidad.
- 26 En este contexto, la Riigikohus ha decidido suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
- «1) ¿Debe interpretarse el artículo 30, apartado 2, de la Directiva [2004/18] en el sentido de que permite a una entidad adjudicadora negociar con los licitadores las ofertas que no reúnen los requisitos establecidos en las especificaciones técnicas obligatorias del contrato?
  - 2) En caso de respuesta afirmativa a la [primera cuestión], ¿debe interpretarse el artículo 30, apartado 2, de la Directiva 2004/18 en el sentido de que permite a una entidad adjudicadora modificar los requisitos obligatorios de las especificaciones técnicas durante las negociaciones posteriores a la apertura de las ofertas, siempre que no se modifique el objeto del contrato y se garantice la igualdad de trato de todos los licitadores?
  - 3) En caso de respuesta afirmativa a la [segunda cuestión], ¿debe interpretarse el artículo 30, apartado 2, de la Directiva 2004/18 en el sentido de que es contraria a dicha disposición una norma que prohíbe modificar los requisitos obligatorios de las especificaciones técnicas durante las negociaciones posteriores a la apertura de las ofertas?
  - 4) En caso de respuesta afirmativa a la [primera cuestión], ¿debe interpretarse el artículo 30, apartado 2, de la Directiva 2004/18 en el sentido de que prohíbe a una entidad adjudicadora calificar de mejor oferta una que al final de las negociaciones no reúne los requisitos obligatorios de las especificaciones técnicas?»

### **Sobre la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial**

- 27 Sin proponer una excepción de inadmisibilidad Nordecon impugna la pertinencia de las cuestiones prejudiciales alegando que la solución del litigio principal no depende de las posibles respuestas dadas a estas cuestiones. En particular, sostiene que la cuestión principal planteada por la Riigikohus, a saber, la primera, a la que se vinculan todas las demás cuestiones, carece de pertinencia, puesto que no se llevaron a cabo negociaciones con licitadores que hubiesen presentado ofertas irregulares. Así pues, considera que estas cuestiones se basan en premisas erróneas.
- 28 A este respecto, según reiterada jurisprudencia, en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 267 TFUE, el Tribunal de Justicia está únicamente habilitado para pronunciarse sobre la interpretación o la validez de una norma de la Unión a partir de los hechos que le proporcione el órgano jurisdiccional nacional (véanse las sentencias de 16 de marzo de 1978, Oehlschläger, 104/77, Rec. p. 791, apartado 4; de 11 de septiembre de 2008, Eckelkamp y otros, C-11/07, Rec. p. I-6845, apartado 52, y el auto de 8 de noviembre de 2012, SKP, C-433/11, apartado 24).

- 29 En el marco de este procedimiento, basado en una clara separación de las funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, toda apreciación de los hechos del asunto es competencia del juez nacional. Asimismo corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (véase, en este sentido, la sentencia *Eckelkamp* y otros, antes citada, apartado 27).
- 30 La negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (sentencia *Eckelkamp* y otros, antes citada, apartado 28).
- 31 En el caso de autos, el órgano jurisdiccional remitente parte de la premisa de que la entidad adjudicadora negoció ofertas no conformes a las exigencias imperativas del pliego de condiciones, extremo que no corresponde al Tribunal de Justicia poner en duda. Asimismo, en el caso de autos no se ha constatado ninguna de las hipótesis que se recuerdan en el apartado 30 de la presente sentencia y que hacen posible que el Tribunal de Justicia se niegue a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial.
- 32 En consecuencia, procede admitir la petición de decisión prejudicial.

### **Sobre las cuestiones prejudiciales**

- 33 Mediante su primera cuestión el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 30, apartado 2, de la Directiva 2004/18 autoriza a la entidad adjudicadora a negociar con los licitadores ofertas que no cumplan los requisitos imperativos establecidos en las especificaciones técnicas del contrato.
- 34 A este respecto, procede recordar que el artículo 30, apartado 2, de la Directiva 2004/18 permite, en determinados casos, la utilización del procedimiento negociado con el fin de adaptar las ofertas presentadas por los licitadores a los requisitos indicados en el anuncio de licitación, en el pliego de condiciones y en los posibles documentos complementarios, con vistas a encontrar la mejor oferta.
- 35 De conformidad con el artículo 2 de esta Directiva, las entidades adjudicadoras darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia.
- 36 El Tribunal de Justicia ha precisado que la obligación de transparencia tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencia de 29 de marzo de 2012, *SAG ELV Slovensko* y otros, C-599/10, apartado 25).
- 37 Así pues, si bien la entidad adjudicadora dispone de una capacidad de negociación en el marco de un procedimiento negociado, tiene en todo caso la obligación de garantizar que se cumplen las exigencias del contrato que el mismo ha calificado de imperativas. De no ser así, se incumpliría el principio según el cual las entidades adjudicadoras obran con transparencia y no se cumpliría el objetivo que se recuerda en el anterior apartado de la presente sentencia.
- 38 Asimismo, admitir en las negociaciones una oferta no conforme a los requisitos imperativos privaría de utilidad a la fijación de requisitos imperativos en el anuncio de licitación y no permitiría a la entidad adjudicadora negociar con los licitadores sobre una base común a todos ellos formada por dichos requisitos, ni, en consecuencia, darles un trato igualitario.

- 39 Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la primera cuestión que el artículo 30, apartado 2, de la Directiva 2004/18 no autoriza a la entidad adjudicadora a negociar con los licitadores ofertas que no cumplan los requisitos imperativos establecidos en las especificaciones técnicas del contrato.
- 40 Habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión, no procede responder a las cuestiones segunda a cuarta.

### **Costas**

- 41 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

**El artículo 30, apartado 2, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, no autoriza a la entidad adjudicadora a negociar con los licitadores ofertas que no cumplan los requisitos imperativos establecidos en las especificaciones técnicas del contrato.**

Firmas